POR
MARTIN DE MOXICA,
EN EL PLEYTO
CON
SIMON CANIS.

En el Articulo, sobre la Recusacion de Esteuan de Chauarria tercero nombrado en caso de discordia, para el ajustamiento de las quentas.

PRETENDE Martin de Moxica, se reuoque el auto del Teniente, y se aya por recusado a Esteuan de Chauarria; porque aunque se pudiera dudar, si el Arbitro, o Arbitrador se puede recusar, por auer sido elegido, y nombrado por Martin de Moxica, no tiene duda, sino que es recusable, *Siue sit arbiter, vel arbitrator ex causa superuenienti, l. non distinguemus §. cùm quidam, ff. de arbitr. vbi Glossa tenet, Abbas, & Immola in cap. quinta vallis, de iureiurand. Latè Ayora de partitionibus, cap. 4. num. 9. Escobar de ratiocinijs, cap, 8. num.* 15. donde dize, que lo que la practica obserua comunmente, es, *Quòd rebus stantibus in eodem statu, non potest recusari, secùs tamen si aliqua noua causa recusandi superuenisset. Cap. insinuante, & ibi Abbas, num. fin. de officio delegat. vbi dicit, quòd ille qui aliquem in iudicem elegit ex noua, & iusta causa superueniente, quæ reddat suspectũ, poterit illum recusare, quia nouis morbis noua conueniunt antidota præparari. Tenet Mastrillo decis.* 91. *p.* 1. *num.* 3. *&* 4. Y en el *nu.* 5. refiere algunos, que tuuieron la opinion contraria: y respõde, que *Communiter contrarium tenetur, maximè superueniente causa, & quod sic fuit iudicatum. Nouissimè Fabio Capicio Galeota, controuers.* 39. *num.* 5. *& num.* 47. donde auiendose puesto por dificultad el auerse elegido de consentimiento de las partes, resuelue lo contrario *Arismino Thepato lib.* 1. *tit. de arbitr. in fine, verb. arbitri, & arbitratores, Carrasco in rubr. l. fin. tit.* 10. *lib.* 2. *num.* 34. *Recop.* Y esto nace de que es peligroso *coram suspecto iudice litigare, cap. cùm inter, de except.*

Para recusar al Arbitro, o Arbitrador, es menester menos causas, y mas leues, que para recusar al Iuez; porque es de menos perjuyzio. *Ita tenet Decius in cap. postremo, col.* 2. *de appellat. Refert Roland. à Valle, cons.* 31. *in fin. volum.* 3. *ipse Galeota controuers.* 39. *num.* 10. donde dize, que siempre vale el argumento afirmatiuo; *Quælibet causa sufficiens ad remouendum iudicẽ, erit sufficiens ad remouendũ arbitrum, procuratorẽ actorum, notariũ, & consultorem, non è contra, quia huiusmodi personæ ex leuibus causis recusari possunt, cùm alij ipsorũ loco de facili subrogari possunt.* Y en el num. 11. dà otra razon, *Videlicet quia agitur de maiori præiudicio coram arbitro, vel arbitratore, cùm isti habeant latiores habenas, quàm iudex,* vt tradit Surd. cons. 472. num. 21. 22. & 23. vol. 4. Mastrillo decis. 151. num. 42. p. 2. donde dize, *Quòd leuis causa sufficit, & quòd sic fuit iudicatum.*

Y assi aunque la causa de amistad, o enemistad para recusar al Iuez, ha de ser intima

 y grande

y grande, vt notatur in cap. accusatores, 3. q. 5. Menoch. de arbitr. cas. 152. num. 20. Carrasco vbi sup. num. 96. & seq. y se ha de probar en particular, vt dicitur in l. fin. tit. 10. lib. 2. Recop. Y siempre queda al arbitrio del Iuez, vt ait ipse Menoch. vbi proximè. Morla in emporio, tit. 2. num. 201. para recusar al Arbitro, no es menester que sea tan grande, ni la probança tan plena, *Maximè in grauibus negotijs, vbi faciliùs admitti debet recusatio, quàm in leuibus, & ideò præsumptam inimicitiæ causam sufficit*, vt post alios probat Milanensis decis. Sicil. 15. y basta que *ex signis ostendat amare*. Paris de Puteo, de syndic. vers. suspicio, num. 5. refert, & tenet in terminis arbitri, vel arbitratoris, ipse Galeota, d. controvers. 39. ex num. 42. cum seqq.

Esta doctrina se ajusta indiuidualmente a este pleyto; porque cõsta que Esteuan de Chauarria tiene amistad intima con Simon Canis, y assi se puede llamar, quando ay comunicacion y frequencia, y se visitan en sus casas, y no solo ellos, pero sus mugeres tienen la misma comunicacion, como está probado, y el mismo Esteuan de Chauarria lo tiene confessado en la segunda declaracion, aunq̃ lo ha negado Simon Canis (Y esta variedad ponderamos mucho, pues el querer encubrir, y ocultar esta amistad Simõ Canis, justifica mas la causa de la reuocacion.) Tenet Cardos. in praxi, verb. recusatio, n. 28 donde dize, que entonces se prueba la amistad intima y grande; *Veluti si iudex habet particularem conuersationem cum parte, & frequenter conuersantur alter domi alterius*, cap. insinuante, vbi Gloss. verb. familiarem, de offic. delegat.

Consta tambien, que en todas las ocasiones, que se han ofrecido de este negocio, se ha mostrado Esteuan de Chauarria defensor de las pretẽsiones de Simon Canis, diziendo que tiene justicia, y que le debe Martin de Moxica mucho dinero, y que vna memoria simple que le dio de las ventas de las Indias, es la quẽta porque se ha de estar, y que debe responder a las adiciones de ella Martin de Moxica, y que lo sustentarà en qualquiera parte, y harà que el Consulado la declare por tal. Siendo assi que esta es vna de las pretensiones principales deste compromisso: porque Martin de Moxica pretende, que aquella memoria no fue quenta, ni està firmada, ni formada, y que no se han de governar por ella los terceros, sino por otra que ha dado, en que ay veinte y cinco mil pesos de diferencia de la memoria, y en esto se haze y muestra procurador, y defensor de Simon Canis. Y se prueba tambien, porque esta memoria, que se llama quenta, con las adiciones, la presentò Simon Canis a los terceros, por medio de Esteuan de Chauarria, y debiendola entregar a los terceros que son los que la auian de juzgar primero, y en discordia occurrir a Esteuan de Chauarria, primero se la dio a èl, y la tuuo cõferida, y de su mano vino a los terceros, como consta de las declaraciones de todos los tres terceros: y por esso siempre ha defendido que esta es quenta, porque es cierto que con su acuerdo hizo Simon Canis las adiciones, y assi se presume por el afecto que ha mostrado en defenderlas, como bien se prueba de la primera declaracion de Esteuan de Chavarria, y de lo que dizen los testigos de Martin de Moxica, en la tercera pregunta.

Y el mostrarse tan fauorable, y defensor de la pretension de Simon Canis, es bastante causa de recusacion, cap. cùm causam quæ, & cap. cùm R. de offic. deleg. Paris cons. 31. n. 92. lib. 1. *Et nimis dicitur fauere parti, cùm nimis animosè procedit in præiudicium alterius*: vt tradit Aufrerius de recusat. num. 18. caus. 28. vers. dici verò. Quem refert, & sequitur in terminis ipse Galeota dict. controvers. 39. num. 18. & sequent. Carrasco in dict. l. fin. cap. 9. num. 161. Y aunque el distingue los tiempos, y dize que al principio del pleyto bien puede el Iuez fauorecer al Actor, y en el medio, a entrambos con ygualdad, y al fin al Reo: esta distincion solo procederà quando las demostraciones no tocan en afecto y passion, y solo miran al buen despacho del negocio y pleyto: aliud est, quãdo se fundan en amistad precedente, y nacen de ella, como quiera que esto no se puede aplicar a vn Arbitro, o Arbitrador, que no tiene mas jurisdiccion que en caso de discordia, y descubre su passion de manera, que aun antes de auer llegado el caso de su jurisdiccion, porque adhuc està litigioso, y por determinar si aquella memoria es quenta, y si se ha de estar por ella, y responder a las adiciones, o a la otra, defienda a vozes que

es

es quenta, y que debe responder, y que hará que se declare en el Consulado: y esto es ser Procurador, y Solicitador de la parte. Ita Carrasco num. 245. donde dize, que es bastante causa de recusacion.

De aqui tambien nace otra causa de recusacion, que es propalar su voto, y lo mismo que hiziera, si llegara el caso de determinar el articulo. Assi lo resuelve Carrasco d. cap. 9. num. 245. y 248. *secùs erit (ait) si despues de conclusa, y vista la causa declarasse su voto, ó al tiempo que se vè determinada, y declaradamente dixesse lo que auia de sentenciar, ò votar, quia meritò recusari posset.* Y fundòse en la doctrina de Avilès, in cap. 1. Prætor, verb. promissa, num. 12. donde dize que el Iuez que declara su voto *ante pronuntiationē, efficitur suspectus*, vt ait Innocentius in cap. refragabili, de offic. Ordinar. Optimè Mastrillo decis. 151. num. 41. cum seqq. to. 2. donde dize, *Quòd non est iustum quòd litigem coram eo, qui propalauerit contra me.*

Y tambien es causa de recusacion, auerse mostrado muy indignado, y con sentimiēto de que le aya recusado Martin de Moxica, como lo deponen Melchor de Aranguré, y Bartolome San Martin, y Iuan Agustin Guerzo, y Martin de Azmendi, en la tercera pregunta; y sintio tanto la recusacion, que porque nō se hiziesse dixo, q̄ se desistiria, y se desistiò (que essa fue la causa de no recusarlo al principio.) Y bien se prueba de su declaracion, y de lo que en ella dize, y responde, vt ait ipse Carrasco num. 294. donde dize, que es causa mostrarle el Iuez agrauiado y sentido en el discurso de su declaracion, *Quia tunc facto potius, quàm verbis, & ex eisdem verbis suspectus redditur.* Y dize, que esta es causa nueua de recusacion, y que sobreuiene, y que por tal se puede poner demas de las precedentes.

Finalmente quando cada causa de estas no fuesse bastante, todas juntas lo son, y deben persuadir a que Estevan de Chavarria no procede en este negocio sin passion, y esto basta para que estè sospechoso Martin de Moxica. Assi lo resuelve Carrasco num. 132. donde pone el exemplo en la causa de afinidad, de la afinidad que no es bastante, y dize que lo es, *Si vltra hoc concurrat affectio aliqua causæ, vel indicia voluntatis iudicis, vt talis victoriam assequatur, vel aliqua persuasio, vel odium aduersæ partis, & communicatio cum litigante, quia quemadmodum plures coniecturæ, quarum quælibet de per se non est sufficiens admittuntur vt coniungantur ad plenam probationem, pari modo plures causæ, quarum quælibet non sufficeret, admittuntur, & coaceruantur ad recusationem præpositam obtinendam, quia singula quæ non prosunt, multa collecta iuuant.* Y pues aqui ay tantas causas, y cada vna tan releuante, y tan probada, es bastante para dar por recusado a Estevan de Chavarria, aūque fuera Iuez; y mucho mejor bastaran, siendo Arbitro, o Arbitrador, en que es menester mucho menos causas, y menos probadas; y mas quando concurren todas juntas, como aqui.

Nada confirma mas la sospecha de Martin de Moxica, y las causas de la recusacion que el afecto con que la contradize, y defiende Simon Canis, pues como tiene seguro el voto de Estevan de Chavarria, la defiende viribus, & posse, y opone algunas cosas, que aunque son de poco fundamento, no las queremos omitir.

Dize lo primero, que Estevan de Chavarria, y Martin de Moxica son amigos y paysanos, y que por serlo lo nombrò y escogiò, y no puede recusarle. A que se responde, que en esto consiste la mayor causa de la recusacion; porque assi lo creia Martin de Moxica, y por esso lo nombrò: pero en el discurso deste negocio ha experimentado y sabido, que es mas amigo de Simon Canis, y que la amistad es por duplicado, pues es dellos, y de sus mugeres, con visitas y comunicacion tan familiar, que le ha obligado a recusarle, y a tenerle por sospechoso. Y assi lo advirtiò Galeota dict. controvers. 39. in terminis, num. 1. ibi; *Quam periculosum est corā iudice suspecto litigare, nemo est qui ignoret, & maximè in eo, qui cùm crederet amicabilem compositorem, qui ex æquo & bono controuersias amicè definiret, infensum tamen inimicum in omnibus expertus est: idcirco Dux Cardinalis coactus fuit Dominum Consiliarium Arbitrum, seu Arbitratorem electū recusare.* Y en el num. 4. dize que no tiene duda, *ex causa de nouo superueniente*, y que basta el juramento, vt in num. 25. Y assi lo resuelvē todos los que dizen que se puede recusar al Arbitro y Arbitrador, vt in principio diximus.

Dize

Dize lo segundo, que estas causas las sabia Martin de Moxica, quando se nombró, que fue en 16. de Mayo de 44. y despues en 21. de Abril de 45. de su pedimiento se notificó a los terceros acetassen, y prorogò veinte dias mas: Y en 8. de Mayo hizo otra prorogacion, y nunca le recusò, hasta Agosto del mismo año, quãdo ya estaua la quẽta de Simon Canis hecha, y se començaua a tratar de la de Martin de Moxica.

A esta dificultad responde Galeota, dict. controvers. 39. num. 24. y por ser tan indiuidual la doctrina, no se puede omitir. *Constat enim* (dize) *ferè omnes causas propositas superuenisse de nouo post assertum consensum, cum vna tantum sufficeret, quo casu constat de iure, legitimam esse recusationem, cum causa superuenit, etiamsi iudex aliás fuisset millies approbatus.* Paris. cons. 31. num. 62. cum num. 94. lib. 1. *nedum proponi possit post conclusionem in causa, id quod de nouo superuenit*, ex regula cap. insinuante, de offic. deleg. *Sed etsi causa praecedat, quae tamen post consensum praestitum superuenerit ad notitiam recusantis, potest nihilominus, non obstante consensu praestito huius ignorantiae iuramento iudicem recusare.* Quod generale esse in omni exceptione de communi, & recepta in praxi sententia probat Covarrub. pract. cap. 26 post. num. 2. versic. quód si causa, & versic. sic & post conclusum, &c. Copiosamente lo funda Mastrillo, in dicta decis. 151. num. 69. & seqq. Y lo mismo tiene Ayora, Escobar, y Carrasco, en los lugares citados al principio deste papel.

Y en este caso ay causas que pueden ser anteriores al nombramiento, como lo son la amistad, y las visitas de las mugeres, y en estas se contradize Simon Canis, porque las niega, y dize que las sabia Martin de Moxica: y si niega la amistad, como la auia de saber? Ademas que Martin de Moxica prueba lo que basta, con jurar que despues del nõbramiento lo ha sabido, y no consta lo contrario. Y ay tambien causas que han nacido despues del nombramiento, y de las notificaciones, y prorogaciones de los terminos, que son las que nacen de lo que ha hablado y dicho Estevan de Chavarria: y todo ha sido despues que se tratô de que exhibiesse Martin de Moxica el memorial de las adiciones, que es èl que se duda si es la quenta formada, o la que despues dio, porque ay veinte y cinco mil pesos de diferencia. Y estas causas nacen de nueuo, y naturalmente no pudieron preceder, como advirtió agudamente Carrasco dict. num. 294.

Y el dezir, que el tercero ha començado a proceder, y que por esso le recusò Martin de Moxica, demas de que no importa, pues en qualquiera tiempo se puede recusar ex noua causa, no es cierta esta alegacion; porque ay dos quentas, vna de Simon Canis, y esta está ya hecha; y otra de Martin de Moxica, y esta no está començada, ni determinado el articulo, si se ha de hazer por la memoria, o la quenta formada: Y assi ha mostrado mas su passion, porque confiriò con el Simon Canis las adiciones, y assi se presume, porque el fue quien la entregó a los terceros, y por esso la defendia, y defiende.

Con lo qual bastantemente estan probadas las causas de recusacion, y ser sufficientes, y excluydo lo que se opone: y assi esperamos se revoque el auto, y se dé por recusado el tercero, salva, &c.

Lic. D. Lorenço del Castillo y Gallegos.